

El colectivo LGBTIQ+, es un movimiento social internacional que lucha contra la discriminación y busca el reconocimiento de los derechos humanos de todas aquellas personas que no ajustan a los modelos estereotípicos dominantes. Es importante entender que cuando se habla de los derechos de personas LGBTIQ+ no se hace referencia a derechos distintos o especiales, sino que se trata de reconocer los derechos a todas las personas sin distinción de su orientación sexual, identidad de género, expresión de género y diversidad corporal. Su principio rector parte del reconocimiento de la auto-identificación de cada persona desde una perspectiva de género que entiende a la identidad como una construcción social. Esta idea trasciende el concepto de sexo como masculino/femenino, y como un fenómeno biológico.

El presente documento, entrega los principales fundamentos teóricos-jurídicos que tuvo a la vista Fundación Igualdes para hacer el llamado a la comunidad chilena, especialmente LGBTIQ+, a votar EN CONTRA la propuesta de Constitución Política de la República del Consejo Constitucional.

1. Estándares Internacionales en materia de Igualdad y No Discriminación

El desarrollo del derecho internacional de los derechos humanos, desde 1945 a la fecha y a través principalmente de tratados internacionales, ha contribuido a una evolución del derecho internacional que ha significado ir limitando progresivamente la libertad de acción de los Estados en dominios que estaban entregados tradicionalmente a su propio arbitrio y ello ha ido incrementando la importancia de las relaciones entre el derecho internacional y el derecho interno.¹

Chile ha firmado tratados internacionales sobre derechos humanos y ha aceptado la competencia de los órganos llamados a supervisar el cumplimiento de los compromisos contraídos en tales instrumentos. Este es el caso de la Convención Americana de Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica, la Convención para la Eliminación de Toda Forma de Discriminación contra la Mujer o la Convención para Prevenir, Erradicar y Sancionar la Violencia contra la Mujer, entre otras.

El **actual** marco normativo nacional para asumir estos compromisos internacionales está dado por el artículo 5°, inciso 2° de la Constitución Política de la República de 1980 que establece como límite al ejercicio de la soberanía el respeto por los órganos del Estado a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, reconocidos en los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentran vigentes, así como la propia Constitución Política.

¹ Gauché, Ximena. 2021. Estándares Internacionales sobre Orientación Sexual e Identidad de Género.

Vale la pena preguntarse, entonces, **¿para qué ha servido otorgar un rango constitucional a los tratados de derechos humanos?** La respuesta nos ilumina perfectamente:

1. Fue el uso del derecho internacional el que permitió a los tribunales chilenos en 1998 cambiar la jurisprudencia que rechazaba las acciones encaminadas a esclarecer los crímenes cometidos por la dictadura.
2. Ha sido el derecho internacional el que permitió al Tribunal Constitucional reconocer derechos no expresamente contemplados en la Constitución, como el derecho a la identidad.
3. Ha sido gracias al derecho internacional y la jurisprudencia de la Corte IDH, que las personas del mismo sexo puedan casarse, que no se pueda discriminar por orientación sexual e identidad de género, que se pueda acceder a información pública, que las autoridades no gocen de umbrales de protección mayores en desmedro de la crítica legítima que hagan los ciudadanos.

Estamos **a favor** del rango constitucional de los Tratados Internacionales y de la importancia de los órganos internacionales no implica recibir acríticamente lo que estos hacen. Como otros tribunales, la Corte IDH (o la Corte Europea o la Corte Internacional de Justicia) no están exentas de cometer errores. Pero esto no se remedia restándole valor a lo convenido por los Estados en décadas de desarrollo y frente a la ocurrencia de crímenes y violaciones a los derechos más fundamentales; se corrige participando en estas instancias y ubicando a nuestros tribunales en una relación de equivalencia normativa que permita generar una conversación jurisprudencial sobre el alcance de los derechos.

Sin embargo, la propuesta de Constitución presentada por el Consejo Constitucional, es vaga y significa una oportunidad perdida para definir la jerarquía de los tratados internacionales de derechos humanos a los cuales no se les da rango constitucional.

Señala en su artículo N°3, inciso 1° *“La Constitución, **en tanto norma suprema del ordenamiento jurídico**, reconoce como límite al ejercicio de la soberanía el respeto de los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, reconocidos por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos.”*

Esta propuesta configura un verdadero cambio de paradigma en la regulación constitucional de la incorporación del DIDH en el ordenamiento chileno. En la actualidad, los tribunales de la judicatura ordinaria, y especialmente la Corte Suprema, han asumido

que diversas fuentes del DIDH detentan un rango normativo constitucional, con lo cual deben ser aplicadas de manera preferente a las normas legales nacionales en casos de antinomia.

Sin embargo, la cláusula de la propuesta de nueva constitución, propone superar la discusión de la jerarquía por un modelo de complementariedad de los Tratados Internacionales. Lo que a todas luces sería un retroceso, especialmente si se toma en consideración que sería contradictoria con la práctica de la judicatura ordinaria chilena, que ha asumido de modo consistente la tesis del rango constitucional.

2. Principio de No Discriminación

En Fundación Igualdes, consideramos que la igualdad y no discriminación nos centra en la intrínseca y común naturaleza y dignidad de los seres humanos, la que es incompatible con un trato privilegiado superior a un determinado grupo o con un trato hostil o discriminatorio por considerarlo inferior.

Ante esto, seguimos la línea de la Corte IDH, quien ha señalado respecto del principio de igualdad y no discriminación que:

“En la actual etapa de la evolución del derecho internacional, el principio fundamental de igualdad y no discriminación ha ingresado en el dominio del ius cogens (Derecho Imperativo). Sobre él descansa el andamiaje jurídico del orden público nacional e internacional y permea todo el ordenamiento jurídico. Los Estados deben abstenerse a realizar acciones que de cualquier manera vayan dirigidas, directa o indirectamente, a crear situaciones de discriminación de iure o de facto”.

Conforme con ello, el derecho a la igualdad y no discriminación comprendería *“una concepción negativa relacionada con la prohibición de diferencias de trato arbitrarias, y una positiva relacionada con la obligación de los Estados de crear condiciones de igualdad real frente a grupos que han sido históricamente excluidos o que se encuentran en mayor riesgo de ser discriminados”.*

La Sentencia de la Corte IDH en el caso “Atala Riffo y niñas vs Chile” (2012) es la primera pronunciada por la Corte que, acogiendo la demanda interpuesta contra el Estado de Chile, desarrolla en profundidad los argumentos tendientes a considerar la orientación sexual como criterio de diferenciación prohibida.

“La Corte Interamericana deja establecido que la orientación sexual y la identidad de género de las personas son categorías protegidas por la Convención Interamericana de Derechos Humanos. Por ello está proscrita por la Convención cualquier norma, acto o práctica discriminatoria basada en la orientación sexual de la persona. En consecuencia, ninguna norma, decisión o práctica de derecho interno, sea por parte de autoridades estatales o por particulares, pueden disminuir o restringir, de modo alguno, los derechos de una persona a partir de su orientación sexual”.

En la sentencia del caso Atala Riffo, la Corte adopta un criterio amplio respecto a la discriminación fundada en esta categoría, en el sentido que no solo comprende la orientación sexual propiamente tal, sino que su expresión y cómo ella incide en el proyecto de vida de las personas.

Como Fundación, nos parecía correcto mantener el artículo aprobado en general por el Pleno de la Comisión Experta. Que consagraba:

"El derecho a la igualdad ante la ley, a la igual protección de la ley y a la no discriminación. Ni la ley ni la autoridad podrán establecer diferencias arbitrarias. Hombres y mujeres son iguales ante la ley. En Chile no hay persona ni grupo privilegiado. En Chile no hay esclavos y el que pise su territorio queda libre. Está prohibida toda forma de discriminación, directa o indirecta. Los poderes públicos, en sus actuaciones, deberán tener especialmente en consideración la confluencia de más de un motivo de diferencia arbitraria. Para que este derecho se realice, el Estado deberá adoptar las medidas apropiadas y los ajustes razonables que sean necesarios."

Este artículo iba en plena concordancia con el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y la historia legislativa y judicial de Chile. Consagrar los tipos de discriminación en una constitución de estado es crucial para establecer un marco legal sólido que garantice la igualdad, proteja los derechos fundamentales y promueva una sociedad justa e inclusiva. Al hacerlo, se envía un mensaje claro de que la discriminación en cualquiera de sus formas es inaceptable y se establece una base legal para la prevención, la rendición de cuentas y la protección de las víctimas. Esto fortalece la democracia, fomenta la igualdad de oportunidades y contribuye a la construcción de una sociedad donde todos los ciudadanos sean tratados con dignidad y respeto.

Consideramos un retroceso la norma aprobada por el Consejo Constitucional, toda vez que se contrapone y colisiona con la consagración del derecho a la "Objeción de Conciencia" ampliamente desarrollada en el texto constitucional propuesto.

En el artículo 16 N° 13 de la propuesta, se consagra la objeción de conciencia sin limitaciones. Lo que hace esta propuesta de Constitución es elevar a rango constitucional el derecho a discriminar con el argumento que me lo dicta mi conciencia. Con ello, podría desaparecer en un futuro, jurisprudencial o legislativamente, la posibilidad de sancionar o prohibir la discriminación, incluso la arbitraria, ya que no se establece ninguna restricción a la objeción de conciencia. Una conciencia que no tiene por qué ser racional u objetiva.

3. Interés Superior de Niños, Niñas y Adolescentes

En el ámbito internacional, la Observación General N°14 emitida por el Comité de Derechos del Niño del año 2013 sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial, destaca que el interés superior del niño “es un concepto triple²:

- a) **Un derecho sustantivo:** el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial que se evalúe y tenga en cuenta al sopesar distintos intereses para tomar una decisión sobre una cuestión debatida, y la garantía de que ese derecho se pondrá en práctica siempre que se tenga que adoptar una decisión que afecte a un niños, a un grupo de niños concreto o genérico o a los niños en general. El artículo 3, párrafo 1, establece una obligación intrínseca para los Estados, es de aplicación directa (aplicabilidad inmediata) y puede invocarse ante los tribunales.
- b) Un principio jurídico interpretativo fundamental: si una disposición jurídica admite más de una interpretación, se elegirá la interpretación que **satisfaga de manera más efectiva el interés superior del niño**. Los derechos consagrados en la Convención y sus protocolos facultativos establecen el marco interpretativo.
- c) **Una norma de procedimiento:** siempre que se tenga que tomar una decisión que afecte a un niño en concreto, o a un grupo de niño en concreto o en general, el proceso de adopción de decisiones deberá incluir una estimación de las posibles repercusiones (positivas o negativas) de la decisión en el niño o niños interesados.

El interés superior del niño es un principio fundamental en el ámbito de los derechos de los niños, que establece que cualquier decisión, acción o política que afecte a un niño debe ser tomada considerando en primer lugar su **bienestar, seguridad y desarrollo**. El principio de desarrollo progresivo complementa este enfoque al reconocer que **los derechos de los niños no son estáticos, sino que deben evolucionar y expandirse gradualmente a medida que el niño crece, adquiere capacidad y madurez**. Ambos principios buscan asegurar que los niños tengan un entorno que promueva su desarrollo

² Martín, Alerto. 2022. Delitos de Género y Violencia Sexual (compilado).

integral y protección en todo momento, adaptándose a sus necesidades cambiantes a lo largo de su crecimiento.

El derecho a la autonomía progresiva de niños, niñas y adolescentes se refiere a **la capacidad que tienen los menores de edad para participar en la toma de decisiones relacionadas con su propia vida, de acuerdo con su nivel de desarrollo y madurez**. Este derecho reconoce que a medida que los niños y adolescentes crecen, deben tener la oportunidad de expresar sus opiniones, ser escuchados y participar en cuestiones que les afectan, siempre en un entorno de apoyo y orientación por parte de los adultos responsables.

El derecho preferente de los padres, por otro lado, se refiere a la responsabilidad de los padres o tutores legales de tomar decisiones que beneficien al niño o adolescente, especialmente cuando se trata de cuestiones vitales, como la salud, la educación y el bienestar general. Sin embargo, este derecho no debe utilizarse de manera absoluta ni en detrimento del derecho a la autonomía progresiva del menor.

Ambos derechos deben equilibrarse, de manera que se respete la capacidad del niño para participar en las decisiones que le afectan, siempre que sea apropiado para su edad y desarrollo, mientras se garantiza su bienestar y seguridad, con **la orientación y el apoyo adecuados por parte de los adultos responsables**.

Lo que establece la propuesta constitucional, se aleja en extremo a lo señalado anteriormente. El artículo 12 de la propuesta, señala:

“La Constitución reconoce y asegura el interés superior de los niños, el cual incluye las condiciones para crecer y desarrollarse en su familia. Se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad. El Estado reconoce a la familia, esto es, los padres o tutores en su caso, la prioridad en la determinación del interés superior de sus hijos o pupilos, procurando su máximo bienestar espiritual y material posible. Se protegerá especialmente a los niños contra cualquier tipo de explotación, maltrato, abuso, abandono o tráfico, todo esto de conformidad con la ley.”

El artículo establece la prioridad de los padres o tutores en la determinación del interés superior de los hijos, que podría significar un derecho absoluto de los padres para tomar cualquier decisión en detrimento del bienestar del niño. Nuestra preocupación se refiere al equilibrio entre la preferencia hacia los padres y el interés superior del niño. Este equilibrio (o falta del mismo) puede generar controversia, ya que puede dar lugar a situaciones en las que los intereses de los padres y los del niño entren en conflicto. Por ejemplo, **si los padres toman decisiones que, desde la perspectiva jurídica, la Convención**

de los Derechos del Niño y los estándares internacionales, pueden no ser las mejores para el niño, como decisiones médicas, educativas o de otro tipo.

A su vez, la norma en comento establece que *“Se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad”*. El problema de no distinguir entre "niños" y "adolescentes" radica en que los adolescentes no son simplemente niños más grandes; están experimentando cambios significativos en su desarrollo físico, emocional, social y cognitivo. Durante la adolescencia, las personas comienzan a desarrollar una mayor autonomía, toma de decisiones y responsabilidades, y a explorar su identidad. También pueden enfrentar desafíos y riesgos específicos, como la presión de grupo, la experimentación con ilícitos y la toma de decisiones relacionadas con la educación y futura profesión u oficio.

El uso de una terminología más precisa que distinga entre "niños" y "adolescentes" permite una mejor comprensión de las necesidades y derechos de esta población en desarrollo. Los adolescentes pueden requerir un enfoque y una atención específica en términos de educación, salud, justicia y otros aspectos de la vida, y no reconocer su etapa de desarrollo podría llevar a la falta de atención a sus necesidades únicas.

4. La objeción de conciencia

La consagración del derecho a la libertad de pensamiento, conciencia y religión en el proyecto de texto constitucional ha traído consigo un arduo debate a raíz de que se haya considerado que éste incluya, en su esencia, la objeción de conciencia tanto personal como institucional³.

Normalmente las constitucionales que abordan la objeción de conciencia la reconocen a propósito del servicio militar, la conscripción en caso de guerra y el uso de la violencia, permitiendo a los objetores sustituir tales exigencias por servicios alternativos. Excepcionalmente, las constituciones de Ecuador, Portugal o Timor Oriental reconocen la objeción como un derecho constitucional de alcance general, cuidando establecer restricciones legales o limitando su alcance respecto de los derechos de terceros. Sin embargo, en uno y otro caso se establece este derecho respecto de personas naturales, no de instituciones⁴.

Establecer la objeción de conciencia institucional en términos tan amplios como se propone plantea preocupaciones por al menos dos razones:

³ Véase:

<https://www.diarioconstitucional.cl/articulos/objecion-de-conciencia-institucional-debates-sobre-un-derecho-controversial/#:~:text=De%20acuerdo%20al%20Tribunal%20Constitucional,convicciones%20legítimas%20de%20una%20persona>.

⁴ Véase: <https://elpais.com/chile/2023-10-01/por-que-es-tan-problematica-la-objecion-de-conciencia-institucional.html>

1. Se derivan varias confusiones conceptuales en su formulación. La noción de conciencia, que representa la intuición o razón práctica utilizada para aplicar convicciones morales o religiosas a situaciones específicas, difícilmente se puede aplicar a decisiones jurídicas o materiales tomadas por administradores o representantes de una entidad legal. Esto a menudo conlleva a la confusión entre la conciencia como un atributo de la personalidad humana y las teorías de imputación de responsabilidad a personas jurídicas.
2. Es importante destacar un error común en este debate: **negar la posibilidad de que las instituciones presenten objeciones de conciencia no significa en ningún caso despojarlas de protección cuando se enfrenten a mandatos jurídicos que vayan en contra de las convicciones de sus miembros.** Este error a menudo se comete al pasar por alto que los problemas abordados mediante la objeción de conciencia institucional se relacionan con conflictos que surgen en virtud del derecho de asociación y no de la libertad religiosa o de pensamiento.

La forma en que se reconoce la objeción de conciencia institucional también puede plantear preocupaciones desde una perspectiva democrática. Cuando se entiende correctamente, la objeción de conciencia personal puede promover el pluralismo democrático al permitir acomodar situaciones excepcionales de minorías religiosas cuando las normas generales no anticipan o prevén los efectos legales que ciertos mandatos pueden tener en ellas. Un ejemplo común es el de las transfusiones de sangre y los Testigos de Jehová, cuyas objeciones han sido protegidas constitucionalmente cuando se basan en decisiones libres, informadas y voluntarias de quienes han aceptado dicha creencia madura y responsablemente.

Sin embargo, **la situación es diferente cuando esta objeción puede directamente socavar los derechos de terceros, como los derechos del niño.** Continuando con el ejemplo anterior, nuestros tribunales han rechazado consistentemente las objeciones de los Testigos de Jehová para evitar las transfusiones de sangre en niños que no tienen capacidad de discernimiento. Por esta misma razón, en los últimos años se han rechazado acciones judiciales de aquellos que intentaron oponerse a las vacunaciones obligatorias durante la pandemia, ya que esto podría haber tenido un impacto negativo en la salud pública.

Esta distinción es crucial, especialmente en un contexto en el que varios grupos buscan resistir la legislación implementada en las últimas décadas para proteger a ciertas minorías. **En el Reino Unido, por ejemplo, la Corte Suprema rechazó la objeción de conciencia presentada por hoteleros contra la legislación antidiscriminación que les exigía alquilar habitaciones dobles a parejas del mismo sexo, argumentando que estaban contribuyendo a actos considerados pecaminosos (caso Bull v. Hall, 2013).** Un escenario

similar se dio en nuestro país en 2015, cuando una imprenta se negó a imprimir invitaciones para la celebración de una unión civil entre personas del mismo sexo.⁵

En todos estos casos, se observa un patrón común, la objeción de conciencia se utiliza para **reabrir debates que ya se habían resuelto democráticamente, generalmente en relación con grupos específicos (como el LGBTQ+) cuyos derechos solo se reconocieron recientemente y cuya implementación se busca evitar, incluso si esto afecta significativamente a los titulares de esos derechos.** Después de no haber tenido éxito en las deliberaciones democráticas en las que sus posiciones no prevalecieron, sus defensores buscan reabrir el debate sobre la normativa en cuestión al presentarse ahora como una minoría objetora. Un ejemplo destacado de esta nueva interpretación de la objeción de conciencia es el **caso Burwell v. Hobby Lobby Stores (2014)**, en el que la Corte Suprema de Estados Unidos aceptó la objeción de un empleador que se negó a cumplir regulaciones sanitarias del gobierno, que requerían que los planes de salud ofrecidos a sus empleadas incluyeran la cobertura de anticonceptivos.

Bajo la norma constitucional propuesta, esta situación podría replicarse en una variedad de situaciones, especialmente si consideramos que, a diferencia de otros países que reconocen el derecho a la objeción de conciencia, en este caso se permite a las instituciones objetar sin regulación legal que canalice su ejercicio de manera institucional, y no se establecen límites en cuanto a los derechos de terceros. Esto hace que su uso potencial sea una amenaza para uno de los pilares de la democracia liberal: **la igualdad ante la ley**, ya que permite un incumplimiento generalizado de las normas legales para una cierta categoría de personas.

Si bien uno puede compartir o simpatizar con algunas de las causas que los consejeros buscan abordar mediante la objeción de conciencia, la constitucionalización de la objeción de conciencia institucional en términos tan amplios no solo plantea desafíos conceptuales, sino que también involucra **riesgos significativos desde una perspectiva democrática y regulatoria**. Los peligros asociados con su implementación son demasiado grandes como para considerarla como una alternativa viable.

5. Consideraciones finales

Fundación Iguales tiene una responsabilidad fundamental en la defensa de los derechos y la igualdad de la comunidad LGBTQ+. Una propuesta de Constitución moralista y conservadora podría representar un riesgo para los derechos y la seguridad de las personas LGBTQ+. Rechazar una propuesta de Constitución que podría significar un riesgo a los derechos y la seguridad de las personas de la diversidad sexual y de género, se alinea con la misión de la Fundación de proteger los derechos humanos y la igualdad de todas las personas, independientemente de su orientación sexual o identidad de género.

⁵ Véase: <https://www.aciprensa.com/noticias/64506/se-nego-a-imprimir-invitaciones-para-union-civil-gay-y-sufre-persecucion-legal>

Consideramos que el rechazo de la propuesta podría ser una medida preventiva para proteger los derechos, la seguridad y el bienestar de la comunidad LGBTQ+ en Chile y el avance del reconocimiento de nuestros derechos y libertades.